

Bibl. Mont.

4440

4440

Bibl. Mont.

Ueber die
T e n d e n z
des
prätorischen Rechts
und über
das Verhältniß desselben
zum
C i v i l r e c h t e.

Eine
Inaugural - Dissertation
mit den ihr angehängten Sätzen
unter
Bewilligung
der
hochlöblichen juridischen Facultät
zur Erlangung
der
juridischen Doctorwürde
am 15. September 1812
vertheidigt
von dem Verfasser derselben
Johann Konrad Eugen Franz Rosshirt.

E r l a n g e n
gedruckt bei Johann Augustin Hilpert 1812.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Inhalts - Anzeige.

Einleitung.

- I. Ueber die Nothwendigkeit der Einsicht des Verhältnisses des prätorischen Rechts zum Civilrechte und seiner Tendenz.
- II. Ueber die Art, dieses Thema darzustellen.

Der Gegenstand dieser Ausarbeitung scheint in folgenden 3 Fragen erschöpft zu werden:

- 1) Wie entstand das Civilrecht (im Gegensatze des prätorischen Rechts)?
- 2) Wie entstand das prätorische Recht, und welches ist demnach seine Tendenz?
- 3) Was hatte das prätorische Recht für Wirkungen auf das Civilrecht in der angenommenen Bedeutung?

Ad 1. Quellen des Civilrechts in obiger Bedeutung sind:

- 1) Die *leges regiae*, (*mores majorum*).
- 2) Die 12 Tafelgesetze.
- 3) Die Comitialgesetze, (*leges, plebiscita*).

- 4) Die Senatus - Consulte.
- 5) Die Constitutionen der Kaiser.
- 6) Die Gutachten der Rechtsgelehrten, und res judicatae der Centumviralrichter.

Ad 2. Von jener römischen Magistratsperson, die Prätor hieß, und von seinen Edikten, dann deren doppelten Tendenz:

- 1) Die allgemeine Anwendbarkeit der Grundsätze des Civilrechts auf individuelle Fälle zu vermitteln (adjuvare).
- 2) Das Civilrecht den Prinzipien des Naturrechts und der Moral anzupassen (corrigere, emendare).

Ad 3. Wirkungen des prätorischen Rechts auf einige Theile des Civilrechts.

- 1) Auf die Lehre vom Besitze (Interdikte).
 - 2) Auf die Lehre von der Verjährung (praescriptio).
 - 3) Auf die Lehre vom Eigenthume (actio publiciana).
 - 4) Auf die Lehre vom Erbrechte (bonorum possessio).
-

E i n l e i t u n g.

§. 1.

Wer nur etwas in den Geist der römischen Gesetzgebung eingedrungen zu seyn sich rühmen kann, wird sich vollkommen überzeugt fühlen, wie nothwendig es sey, das Verhältniß des prätorischen Rechts zum Civilrechte und seine Tendenz lichtvoll einzusehen. Ich werde daher nur wenige Gründe anzuführen bedürfen, um die Ueberzeugung von jener Nothwendigkeit zu begründen, und beschränke mich nur auf drei, die aber zur Erreichung meines Zweckes mir vollkommen hinreichend scheinen.

1) Man findet in allen Lehren des römischen Privatrechts das Civil- und prätorische Recht so genau in einander verwebt, so genau sich gegenseitig durchdringend, dafs es mir ganz unmöglich scheint, den Geist dieser so vollkommenen Gesetzgebung lebendig aufzugreifen, ohne das Verhältniß jener zwei Hauptquellen in allen Theilen klar zu durchschauen.

2) Das Verhältniß der gesetzgebenden Gewalt zur richtenden im römischen Staate war ein ganz eigenes, das mit dem in unsern neueren Staaten herrschenden wirklich sehr wenig harmonirt, und wovon man ebendeswegen genaue Kenntniß haben muß, um nicht auf falsche Wege geleitet zu werden. Ein Grund dieser Disharmonie liegt schon in dem monarchischen System unsrer Staaten, während wir Rom in seinem eigentlichen Leben als Republik finden; ein anderer, größerer, aber noch in dem Streben der römischen Nation, stäts eine vollkommene Gesetzgebung zu haben, d. h. eine solche, die nicht nur ihrem einen Elemente, der Rechtmäßigkeit, sondern auch ihrem andern, gewöhnlich schwierigeren, der Zweckmäßigkeit, vollkommen entspricht.

3) Der Zusammenhang des prätorischen Rechts mit dem Civilrechte wurde aber auch von vielen Rechtsgelehrten sehr schief aufgefaßt, und dieß gab Anlaß, daß man da eine Schwäche im römischen Rechte zu finden glaubte, wo die größte Vollkommenheit derselben wahrzunehmen ich kühn behaupten kann. Wie wenig wurde oft die wahre Tendenz der prätorischen Edikte erkannt, sie, die die römischen Rechtsgelehrten selbst so klar aussprechen? — Dieß Alles berechtigt uns, einen Versuch über diesen Gegenstand zu wagen, von dem ich wünsche, daß er doch nicht ganz mißglücken möchte.

Der Weg, den ich dabei zu gehen gedenke, ist freilich ein etwas weitläufiger, und könnte mich weit abführen; allein ich werde aus dem Vielen kurz das herausfassen, was sich auf meinen Gegenstand bezieht, und gedenke daher in wenigen Bogen das darzustellen, was man in einem dicken Buche nicht unschicklich ausarbeiten würde. Zu meiner treuesten Gefährtin auf meinem Wege habe ich die römische Rechtsgeschichte erwählt, sie, die uns in der römischen Gesetzgebung so viel Licht giebt, und durch ihren allseitigen Nutzen sich so dringend empfiehlt. An der Hand derselben gedenke ich zurück zu gehen bis auf den Ursprung des Civilrechts, und wieder herabzusteigen bis zur letzten Periode der römischen Gesetzgebung, und endlich hier die vorzüglichsten, für unsern Gegenstand wichtigsten, Lehren genau zu durchgehen. Ich hoffe, auf diesem Wege zur besten Einsicht zu gelangen, indem ich, von einem festen Grunde ausgehend, fortbauen kann, und so alles genau und durch das Vorhergehende verständlich zu entwickeln vermag.

§. 2.

Um den aufgestellten Gegenstand zu erörtern, habe ich mir 3 Fragen entworfen, durch deren Beantwortung die ganze Sache erschöpft zu seyn scheint. Sie sind folgende:

- I. Wie entstand das Civilrecht im Gegensatze des prätorischen Rechts?

II. Wie entstand das prätorische Recht, und welches ist demnach seine Tendenz?

III. Was hatte das prätorische Recht für Wirkungen auf das Civilrecht in der angegebenen Bedeutung?

I.

Wie entstand das Civilrecht im Gegensatze des prätorischen Rechts?

§. 3.

Die meisten Rechtsgelehrten führen die Quellen des gesamten römischen Rechts auf zwei Hauptzweige zurück, nämlich auf ausdrückliche Gesetzgebung und Gewohnheitsrecht. Zu jener rechnen sie die 12 Tafelgesetze, die Comitialgesetze, Senatsschlüsse und Constitutionen der Kaiser, zu diesem das *jus honorarium* oder die Edikte der Prätores und Aedilen, und das *jus civile* in der engsten Bedeutung, welches durch die Auctorität der römischen Rechtsgelehrten, die Urtheilssprüche der Centumviralrichter und die *mores majorum* entstand. Ich werde aber hier zum Behufe meiner Ausarbeitung einen andern Gegensatz zum Grunde legen, und den Edikten der Prätores alle andern so eben angeführten Rechtsquellen unter dem allgemeinen Namen des

Civilrechts entgegenstellen ¹⁾). Um jedoch den Charakter des prätorischen Rechts recht deutlich einzusehen, wird es nöthig seyn, die übrigen Zweige der römischen Gesetzgebung hier kurz zu durchgehen, und auf diese Art die gesammten Quellen derselben kennen zu lernen. Wir folgen hierbei ganz der natürlichen Ordnung, welche uns die Zeit vorschreibt, und setzen nur das *jus civile* in der engsten Bedeutung am Schlusse, weil dieß gerade in allen Perioden wirksam war.

§. 4.

A. Zuerst von der Gesetzgebung unter den Königen einige Worte. — Der Staat lag in der Wiege, die Gesetze mit ihm. Das Gewohnheitsrecht lieferte weit zahlreichere Normen, als die ausdrückliche Gesetzgebung, und diese bezog sich überhaupt wenig auf das Privatrecht. Die dadurch entstandenen Lücken füllten die Rechtsprüche der Könige aus, die Gesetzeskraft hatten. Die wenigen ausdrücklichen Gesetze derselben, welche durch die Bestätigung des Volkes auf den Comitien ihr Leben erhielten, sammelte ein gewisser *Papirius*, der die Stelle eines *Pontifex maximus* bekleidete. Diese Gesetzessammlung erhielt den Namen *jus civile pa-*

¹⁾ Anm. Die erstere Eintheilung der Rechtsquellen wird die in Rücksicht des Ursprungs, die folgende die in Rücksicht der Urheber genannt.

Glück Handbuch zum systemat. Stud. des neuesten röm. Priv. Rechts. I. Th, §. 70. 71. S. 299. 300.

pirianum ¹⁾). Die *leges regiae* giengen in zweierlei Formen auf die folgenden Zeiten über: 1) als Gewohnheitsrecht für diese Zeiten; — der Römer sprach hier von *moribus majorum* ²⁾). 2) Die 12 Tafelgesetze hatten manche königliche Gesetze aufgenommen, und so mochten diese bis in die späteste Gesetzgebung herabgelebt haben. Einen Beweis zu dieser Behauptung finden wir, wie uns *Dionys von Halicarnass* in *antiqu. rom.* II. pag. 97 sagt, in der 4ten Tafel, die von der väterlichen Gewalt handelt ³⁾). Hier sollen von Romulus gegebene gesetzliche Bestimmungen aufgenommen seyn, welches nicht unwahrscheinlich ist, da wir wissen, daß Romulus verschiedene Gesetze über die Ehe und väterliche Gewalt gab ⁴⁾).

§. 5.

B) Von den 12 Tafelgesetzen ¹⁾). Die Veranlassung zu den 12 Tafelgesetzen scheint mir eine doppelte zu seyn, eine entfernte und eine nahe. Erstre lag vermuthlich in dem Mangel an geschriebenen Gesetzen und in der allzugroßen Unbeschränktheit der Consuln bei der Ver-

1) Glück de jure civili papiriano. Halae 1780. 8.

2) Heineccius in *sintagm. antiquitat. rom. proe.* III. not. e.

3) Hugo Lehrbuch der Gesch. des röm. Rechts. Berlin 1806. S. 42.

4) Heineccius l. c. not. f.

1) Commentaire sur la loi de douze tables par M. Bouchaud à Paris 1787. 4.

waltung der Gerichtsbarkeit, letztere in den immerwährenden Streitigkeiten der Tribunen mit den Consuln, denn jene sollen diese Gesetzgebung erzwungen haben. Wir betrachten die 12 Tafelgesetze nach ihren Quellen, nach ihrem Inhalte, nach ihrem Verhältnisse zu den späteren Gesetzen und ihrem Werthe. Die Quellen derselben waren von doppelter Art: 1) einheimische, und dahin rechne ich die ältesten Gewohnheitsrechte und einige Gesetze der Könige, wie ich bereits am Ende des vorigen §. gezeigt habe. 2) auswärtige, die Gesetze der Griechen und besonders der Athenienser. Die Römer schöpften demnach aus jener Quelle, aus welcher alle ihre Bildung hervorfloß. Sie schickten Gesandte nach Griechenland, um die localen Verhältnisse genau zu berücksichtigen; ein Wink für uns, wie aufmerksam man schon damals auf jenes Haupt-Element der *Legislation*, die Zweckmäßigkeit der Gesetze, war. — Die Verfasser der 12 Tafelgesetze waren eigene von dem römischen Volke ernannte Obrigkeiten, die *decemviri legibus scribendis*, alle aus dem Geschlechte der Patrizier und Mitglieder des Senats²⁾. Merkwürdig ist es, daß diesen Männern während der Zeit ihrer *Legislation* auch die gesamte Staatsverwaltung anvertraut war, und daß selbst die *potestas tribunitia* hier nicht bestand. Als Gehülfen dieser Gesetzgebung nennt die Sage noch einen gelehrten ephesischen Exu-

2) Handb. der röm. Alterth. v. Adam. I. Bd. S. 282.

lanten, Namens *Hermodorus* 3). — Die 12 Tafelgesetze selbst bestunden, wie ihr Name lehrt, aus 12 Abtheilungen, und enthielten theils öffentliches, theils Privatrecht. Für den letzteren Rechtszweig waren besonders die 3te, 4te, 5te und 6te Tafel bestimmt, wo von den Contrakten, von der Ehe und väterlichen Gewalt, von der Vormundschaft und Erbfolge, vom Eigenthume und Besitze in dieser Aufeinanderfolge gehandelt wurde. — Was ihr Verhältniß zu den folgenden Gesetzen betrifft, so kann man dieß mit wenigen Worten ausdrücken: sie sind die Basis der ganzen römischen *Legislation*, *fons universi publici privatique juris*, wie *Livius* III. 34 trefflich sagt. Ihr Einfluß auf die späteren Gesetzgebungen spricht sich auch so lebendig aus, daß er überall schon aus dem Aeufseren hervorblickt. Die Ordnung derselben ist nämlich im Edikte, in den Commentaren darüber, in den Pandekten und im Codex befolgt worden 4).

§. 6.

C. Von den Comitialgesetzen. So wie der römische Volksstamm in seinen Aesten und Wurzeln weiter um sich griff, so mußten auch die Gesetze in jeder Hinsicht sich vervielfältigen. Die gesetzgebende Gewalt hatte das Volk, und alle Gesetze, die es vermöge dieser in den Comitien machte, hießen Comitialgesetze, Volks-

3) Hugo Lehrbuch der Gesch. des röm. Rechts. §. 38. S. 43. (Nach der neuesten Ausgabe. Berlin 1810.

4) Hugo a. a. O. §. 41. S. 47.

schlüsse. Sie waren von zweierlei Art: 1) eigentliche *leges*, Schlüsse der ganzen Nation; 2) *plebiscita*, Schlüsse des niederen, wiewohl zahlreicheren Theils der Nation. Ueberhaupt finden wir in den Zeiten der römischen Republik 3 Arten von Gesetzen; die beiden so eben angeführten und die *Senatus-Consulte*. Der Zusammenhang derselben unter sich ist ganz einfach: denn entweder stand die ganze Nation als gesetzgebend da, oder nur ein Theil derselben. Die Nation zerfiel nämlich in Patrizier und Plebejer, die Folge des alten Clientelarverhältnisses. War die ganze Nation zur Gesetzgebung in den *comitiis centuriatis* unter dem Vorsitze einer oberen Magistratsperson, eines Dictators, Consuls oder Prätors versammelt, so entstand eine *lex* im strengen Sinne; trat aber nur der plebejische Theil derselben unter Anführung eines Tribuns in den *comitiis tributis* zu diesem Zwecke zusammen, so erhielt man ein Plebiscit; und endlich vereinigte sich der Senat, der ursprünglich allein, und in der Folge größtentheils aus Patriziern bestand, ohne Widerspruch eines Tribuns über irgend einen Gegenstand, so kam ein *Senatusconsultum* zu stande, von welchem wir als der 4ten Quelle im folgenden §. sprechen werden. Hier noch etwas wenigens über die Comitialgesetze. Bei den allgemeinen Volksschlüssen (*legibus*) dirigierte eine obere Magistratsperson das ganze versammelte Volk, bei den Plebisciten kam die Plebs unter ihrem Tribun zusammen. Hierin liegt der Hauptunterschied bei-

der Arten von Gesetzen ¹⁾. Diefs dauerte so lange, bis dergleichen Versammlungen zur Unmöglichkeit wurden, was besonders in den Zeiten der Kaiser eintrat, wo die *leges* dann eine andere Form erhielten ²⁾. Die allgemeinen Volksschlüsse sowohl, wie die *Plebiscita* mußten hier zu Grunde gehen, da eine Staatsverfassung sich hervorgehoben hatte, die auf ganz anderen Principien ruhte, und da schon lange der Geist jener Zeiten entflohen war, wo die *plebs* ihre Beschlüsse auch gegen die Patrizier geltend zu machen wufste.

§. 7.

D. Von den Senatus-Consulten. Diese erhielten allgemein verbindliche, gesetzliche Kraft zu gleicher Zeit mit den Plebisciten, also zur Zeit des Hortensius, wie Theophilus in seiner griechischen Paraphrase ¹⁾ ausdrücklich bemerkt, und wie es auch der Natur der Sache gemäß sehr wahrscheinlich ist. Für das Privatrecht hatten sie freilich jene Wichtigkeit, damals noch nicht, welche sie unter den Kaisern erhielten. Der einfache Grund ihres Aufblühens für das Privatrecht war das allmähliche Seltnerwer-

¹⁾ Heineccius in antiquit. jur. rom. I. II. 16. §. 4
Inst. de jure nat. gent. et civ.

²⁾ Hugo Rechtsgesch. §. 213. S. 328. f.

¹⁾ paraphr. graeca Inst. lib. I. tit. 2. §. 5. nach Reiz
pag. 28.

den der allgemeinen Volksschlüsse und Plebiscite²⁾. Sie hatten dieselbe gesetzliche Kraft, wie diese; nur konnte ein förmlicher Senatsschluß durch einen Volkstribun verhindert werden; und man sprach dann bloß von einer *Senatus-Auctoritas*, von einer Meinung oder einem Gutachten des Senats³⁾. Den Antrag im Senate machten zur Zeit der Republik Dictatoren, Consuln und Prätores, zur Zeit der Kaiser gewöhnlich diese selbst. Doch behauptete sich der Senat noch lange in ziemlicher Unabhängigkeit⁴⁾.

§. 8.

E. Von den Constitutionen der Kaiser. Durch die *lex regia*¹⁾, über die freilich sehr viel gestritten wird²⁾, wurde den Kaisern die gesetzgebende Gewalt, die in der frühern Periode in den Händen des Volkes gelegen hatte, übertragen, und diese übten nun dieselbe dadurch aus, daß sie ohne Zustimmung des Senats und Volks vollkommen gültige Constitutionen publicirten. Doch sind solche nur insofern eine neue Quelle des römischen Civilrechts, als sie auch wirklich neue Rechtssätze enthalten, was freilich bei den wenigsten der Fall ist. Ge-

2) §. 5. J. de jure nat. gent. et civ.

3) Livius IV. 57. Cicero ad Div. I. 2. VIII. 8.

4) Glück Handb. I. Thl. §. 40. S. 156.

1) l. 1. pr. D. de const. principum.

2) Heineccius in antiqui. jur. rom. I. II. 63.

wöhnlich war der Zweck der Kaiser bei der Abfassung der Constitutionen der, das gemeine Recht auf einzelne Fälle anzuwenden. Daher muß der Rechtsgelehrte bei dem Studium des römischen Rechts aus diesen Verordnungen der Kaiser meistens den allgemeinen gesetzlichen Standpunkt erst herausheben und auf die übrigen Gesetze beziehen. Auch waren die kaiserlichen Constitutionen von verschiedener Art. Man kann sie unter 3 Klassen bringen; denn 1) entweder erließen die Kaiser öffentliche allgemein gültige gesetzliche Verordnungen, *Edicte* oder *Constitutionen in engerem Sinne*, oder 2) sie publicirten als oberste Richter in einer an sie gebrachten streitigen Sache ein Entscheidungsurtheil — *Decret*, oder endlich 3) sie antworteten auf Anfragen, mit welchen sich öffentliche oder Privatpersonen in zweifelhaften Fällen an sie gewendet hatten; *rescribirten*. Die beiden letzten Arten hatten vor *Justinian* keine allgemeine gesetzliche Kraft; sie constituirten nur ein Recht unter den Partheien 3). *Justinian* aber verordnete, daß sie, so weit es die Natur ihres Inhalts zuläßt, und namentlich die *Decrete*, wenn darin eine Rechtsfrage entschieden, oder ein Gesetz interpretirt wird, als allgemein geltende Normen betrachtet werden sollten 4). Nach und nach erschien, wie sich leicht denken läßt, eine ungeheure Menge kaiserlicher Constitutio-

3) Const. 2. cod. de legibus et const. princ.

4) Const. 12. c. eod.

nen, und mehrere Sammlungen derselben. In unserm Codex ist die älteste Constitution eine vom Kaiser *Hadrian* 5), obgleich diese Art von Gesetzen so alt ist, wie die Verfassung, auf welche sie sich beziehen 6).

§. 9.

F. Von den Gutachten der Rechtsgelehrten und der *res judicata* der Centumviralrichter. — Bis hieher handelten wir von den ausdrücklichen Gesetzen der Römer, wie sie aufblühten und welkten unter allen Verfassungen des Staates. Gegenstand unsrer Betrachtung war das, was aus der reinen Legislation floß; nun wollen wir aber auch etwas über die Wirkungen der an den Gesetzgebungen ewig bildenden *Doctrin* und *Praxis* anführen. Wir sprechen daher hier

1) von der *auctoritas prudentum*. In den ältesten Zeiten widmeten sich nur Patrizier dem Rechtsstudium; diese wußten der Plebs gerade dasjenige, was bei den Römern in das Leben eingriff, die *legis actiones* zu verbergen; und kein Wunder, wenn da Rom eine recht strenge Aristocratie war. Später wußten jedoch die Plebejer das Joch abzuschütteln, und ein *Tiberius Coruncanius* that den ersten Schritt dazu. Oeffentlich erschienene Schriften hatten das Volk theils mit den Tagen, an welchen ein Rechts-

5) const. 1. cod. de testam.

6) Hugo Lehrb. der röm. Rechtsgesch. S. 383.

geschäft vorgenommen werden durfte, theils mit den Formularien dazu bekannt gemacht; das *jus flavianum* ¹⁾ und *aelianum* ²⁾ war in seinen Händen. Nun konnte sich ohne Rücksicht auf den Stand jeder freie Römer der Rechtsgelehrsamkeit widmen und seinen Mitbürgern dienen. Dies that man auch wirklich so fleißig, daß ohne Zweifel aus keiner Quelle des römischen Rechts so viele Rechtssätze herfloßen, als gerade aus dieser. Daher mag es denn auch kommen, daß das durch die Gutachten, durch die Interpretation und die Theorien der römischen Rechtsgelehrten entstandene Recht mit dem allgemeinen Namen *jus civile* bezeichnet wurde ³⁾. — Die eigentliche Blüthenzeit der römischen Rechtsgelehrten und des ganzen römischen Rechts war unter den Kaisern. Hier wuchs das classische Pandectenrecht hervor, und wir kennen keine frühere und keine spätere Periode, wo reichhaltigere juridische Schriften hervortraten, als gerade hier in dem wahrhaft goldenen Zeitalter der römischen Rechtsgelehrsamkeit.

2) Von der *res judicata* und *disputatio fori* ⁴⁾.
Das merkwürdigste Gericht bei den Römern war

1) Hugo a. a. O. S. 147.

2) Hugo a. a. O. S. 216.

3) Hugo a. a. O. §. 144. S. 208 f.

4) Glück Handb. 1r. Thl. §. 38. S. 152 f.

das Centumviralgericht, das aus 4 Senaten bestand, und dem *praetor urbanus* untergeordnet war ⁵⁾. Hier wurden die wichtigsten Rechtsstreitigkeiten verhandelt, hier die vollkommensten Entscheidungen gefasst. Aus deren Gleichförmigkeit bildete sich nach und nach die *res judicata*, und erwuchs zu einer sehr ergiebigen Rechtsquelle. Manchmal kamen die schwierigsten Fälle vor, wo die große Anzahl versammelter Richter sehr verschiedener Meinung seyn mußte. Hier entspann sich ein Disput, wo jeder seine Gründe für und wider die Sache vortrug, und woher die am Ende hervorgegangene Entscheidung den Namen *jus per disputationem fori* erhielt ⁶⁾.

§. 10.

Dieß wären die Quellen des Civilrechts im Gegensatze der Edicte der Magistratspersonen. Dergleichen Edicte erließen vorzüglich die Prätores und Aedilen. Um daher auf der einen Seite einen strengen Gegensatz zwischen dem prätorischen und Civilrechte zu begründen, und auf der andern keine Quelle des römischen Rechts mit Stillschweigen zu übergehen, so sind hier noch die Edikte der Aedilen ¹⁾ zu bemerken, die sich freilich nach der

5) Adam Handb. der röm. Alterth. I. Thl. S. 433.

6) Heineccius in antiquit. jur. rom. I. II. 35.

1) Ueber die Aedilen und ihre Geschäfte.

Adam Handb. der röm. Alterthümer I. Bd. S. 260, und folgende.

Bestimmung der adelitischen Gewalt im Allgemeinen auf das Polizei-Recht erstrekten, aber doch manchmal wegen der innern Verwandtschaft der Gegenstände ins Privatrecht einschlugen ²⁾).

II.

Wie entstand das praetorische Recht und welches ist demnach seine Tendenz?

§. 11.

Bei der Bearbeitung dieses Abschnittes habe ich drei Abtheilungen gebildet, und in der ersten von den Prätores überhaupt, in der zweiten von ihren Edikten und in der dritten von deren Tendenz zu handeln, mir vorgenommen.

§. 12.

A. Von den Prätores überhaupt.

Der Name *praetor*, (*is, qui praeit*) wurde, als seiner Natur nach unbestimmt, anfangs allen Magistraten beigelegt, und der höchste Magistrat, der Dictator, hieß auch *praetor maximus* ¹⁾. — Die Consuln hatten in den ersten Zeiten mit der gesammten Staatsverwaltung auch

²⁾ Hugo Lehrbuch der r. R. G. S. 167.

¹⁾ Heineccius l. c. I. II. 27. r.

die Justitz-Pflege, und die Geschäfte, die man nachher dem *praetor* im ausgezeichneten Sinne des Wortes anwies, lagen auch in ihrem Wirkungskreise. Doch die Römer bemerkten bald, daß die Justitz einer eigenen leitenden Obrigkeit bedürfe, die mit Energie zu wirken vermögte. — Die Veranlassung zur Errichtung der Prätur selbst wird verschieden angegeben. Jene, welche in den Gesetzen ausgesprochen ist ²⁾, war allerdings gegründet, wiewohl nicht die alleinige. Die beständige, freilich wohlthätige Reibung der Patrizier und Plebejer hatte manchen Magistrat geschaffen, und kann auch hier nicht als unwirksam angesehen werden. Unter diesen Umständen ward im Jahre Roms 589 zuerst ein Prätor in den *comitiis centuriatis* als eine höhere Magistratsperson und zwar aus dem vorzüglicheren Theile der Nation, den Patriziern, gewählt. Diese hatten sich freilich nicht lange eines solchen Vorrechts zu erfreuen, da im Jahre 416 schon die *plebs* dem römischen Volke einen *praetor* gab ³⁾. Auch wurde bald ein zweiter Prätor gewählt, der deswegen nöthig wurde, weil eine ungeheure Menge Fremder nach der stolzen Hauptstadt wanderte, woher sich auch seine Nebenbenennung *peregrinus* leicht erklären

2) L. 2. §. 27. D. de origine juris.

3) Heineccius I. II. 19. 20.

läßt 4). Sein Geschäft bestand darin, unter den Fremden sowohl auf der einen Seite, als auf der andern unter den Fremden und Römern die obwaltenden Rechtsstreitigkeiten zu schlichten. Er bediente sich hierbei, wie es sehr natürlich war, nicht des *juris Quiritium*, sondern vielmehr des *juris gentium*; was vielen Einfluß auf die unter den Römern selbst geltenden Edikte hatte und die Tendenz derselben ausserordentlich befördern half. — Die 2 Prätores wurden zu gleicher Zeit gewählt, und das Loos bestimmte die Art ihrer Gerichtsbarkeit 5). In der Folge wurden der Prätores immer mehrere, man stieg in dem Grundverhältnisse von 2 immer aufwärts, und nur ein einzigesmal finden wir unter *Tiberius* die ungleiche Anzahl von 15 Prätores. Ihre größte Anzahl betrug 18; denn als einen ausserordentlichen Fall müssen wir es betrachten, daß wir zur Zeit der Triumvirn in einem Jahre 67 Prätores in Thätigkeit sehen. Das Hauptgeschäft der Prätores war die Administration der Civiljustiz, daher man sie füglich auch in Haupt- und Neben-Prätores eintheilen kann. Zu den ersteren muß man den *praetor urbanus* und *peregrinus* rechnen, zu den letztern die für die Verwaltung der Criminaljustiz be-

4) Hugo Lehrbuch der Gesch. des r. R. §. 125. S. 169 f.

5) S. Conradi de praetore peregrino in *Parergis* pag. 1. sqq. und Mylius ad Theophilum de praetore peregrino; in *Paraphrasi graec.* T. II. Excurs. III. pag. 1081 sqq. nach Reitz.

stimmten; ferner die für Vormundschafts- und Fideikommissachen angeordneten, (*praetores tutelares* und *fideicommissarii*) dann endlich den für die Angelegenheiten des Fiscus eigends bestellten Prätor, *fiscalis* genannt. Was insbesondere den Wirkungskreis des *praetor urbanus* betrifft, so ist dieser in doppelter Hinsicht aufzufassen, insofern nämlich, als der *praetor urbanus* ihn mit den übrigen Prätores theilte, und insofern, als derselbe einen ausschliessenden Bezirk seiner Thätigkeit hatte. In der ersten Hinsicht gehören die 2 allgemeinen Rechte der Prätores hierher, das Recht zu ediciren wovon wir im folgenden §. handeln werden ⁶⁾, und die Gerechtigkeitspflege. Bei der letzteren sind die 3 Worte besonders merkwürdig, in welchen die ganze richterliche Gewalt des Prätors liegt: *Do, dico, addico*. Der Prätor gab Klagen, Exceptionen und Richter, der Prätor sprach das Urtheil aus, der Prätor erkannte in dem ausgesprochenen Urtheile ab und zu ⁷⁾. Die besondern

6) Anm. Anfangs wollten die Rechtsgelehrten dem *praetor peregrinus* das Recht zu ediciren absprechen, allein mit Unrecht.

Man vergl. Theophilus ad §. 7. Inst. de jure N. G. et C.

Conradi Parerga pag. 19 sqq.

Hugo Rechtsgesch. S. 197.

Heineccius I. II. 23.

7) Heineccius I. II. 22.

Geschäfte des *praetor urbanus* waren folgende:

a) staatsrechtliche: er vertrat in Abwesenheit der Consuln die Stelle derselben, er führte in Volksversammlungen den Vorsitz, er konnte in ausserordentlichen Fällen den Senat versammeln: b) polizeiliche; war kein Censor vorhanden, so übertrug ihm der Senat die Sorge für die Erhaltung der öffentlichen Gebäude, auch ordnete er gewisse öffentliche Spiele an, z. B. die *ludi apollinares*, die circensischen und megalensischen Schauspiele. Auf diese Art hatte er unter allen Prätores die wichtigsten Geschäfte, und durfte sich deswegen auch nicht über 10 Tage aus der Stadt entfernen. Doch genoß er auch das meiste Ansehen, er stand den ersten Staatsbeamten, den Consuln, zur Seite, *consulibus instar collegae erat* 8), und diesem Verhältnisse gemäß war er auch über alle andere Behörden erhaben. Unmittelbar unter ihm stand sein *consilium*, welches er zu allen seinen Amtsgeschäften in wichtigen Fällen gebrauchen konnte, das aber vorzüglich der Gerechtigkeitspflege bestimmt war. Diefs *Consilium* 9) bestand aus Mitgliedern von 5erlei Art: 1) aus den *decemviris litibus judicandis*, deren Geschäft es vermuthlich war, als Stellvertreter des Prätors, das Centumviralgericht zusammenzurufen und an der

8) Gellius in noct. attic. XIII, 14.

9) Heineccius IV. VI. 9.

Spitze desselben zu stehen; wenn nämlich der Prätor abwesend, oder sonst verhindert war, dem Gerichte vorzustehen ¹⁰⁾; 2) aus den *Centumviris*, deren man freilich mehr wie 100 zählte, wovon aber die Ursache gleich in ihrem ersten Aufkommen lag, da das Volk in 35 *Tribus* zerfiel, und aus jeder *Tribus* 3 Richter genommen wurden; 3) aus den Assessoren, die als eigentliche Rechtsgelehrte der Prätor vorzüglich in sehr schwierigen Rechtsstreitigkeiten zu Rathe zog. Diefs war das vorzüglichste Gericht im römischen Staate, und der Prätor, als Chef der Justitz, leitete es unmittelbar. Seine übrigen Auszeichnungen bestanden noch in der Kleidung, ferner in dem eigentlichen Zeichen seiner amtlichen Gewalt und in dem Gefolge. Er trug die *toga praetexta*, er saß auf einem *Tribunale* d. i. auf einer Bühne, worauf seine *sella curulis* stand, und vor ihm war eine *hasta*, das Zeichen der Gerichtsbarkeit, aufgerichtet, wovon das Gericht selbst *hastae iudicium* genennet wurde ¹¹⁾. Zwei Liktores trugen die *fasces* vor ihm her, zur Seite war ihm seine übrige Dienerschaft, die *scribae*, die die gerichtlichen Verhandlungen aufzeichneten, die *accensi*, die die Gerichtsstunden ausriefen, und die *praecones*,

10) S. Zepernick ad Siccama de iudicio centumviri pag. 73 sqq.

11) Valerius Max. Lib. VII. cap. 8. Exempl. 1. et 4. Siccama de iudicio centumviri Lib. II. cap. 3.

welche die streitenden Partheien vor Gericht zur Verhandlung ihrer Sachen aufforderten ¹²⁾. Diefs war der Standpunkt des Prätors zur Blüthenzeit des römischen Freistaats. Auch unter den Kaisern galt noch die prätorische Gewalt, bis sie zur Zeit des Sinkens des römischen Reichs sich in die eines *praefectus praetorio* verlor. Unter *Valentinian* gab es noch 3 Schein-Prätoren, unter *Justinian* soll die Würde abgestorben seyn ¹³⁾.

§. 13.

B. Von den prätorischen Edikten.

Zuerst etwas von den prätorischen Edikten im Allgemeinen, dann von den verschiedenen Arten derselben. — War dem Prätor durch die öffentliche Volkswahl sein Amt förmlich übertragen, so mußte er vor Allem seinen Dienst-eid ablegen, schwören, daß er genau den Gesetzen nachkommen wolle ¹⁾. Hierauf war er sogleich befugt, einen Innbegriff von Verordnungen zu publiciren, nach welchen er während der Zeit seiner Administration die Gerechtigkeitspflege zu verwalten gedachte. Diefs war das prätorische Edikt vom *Cicero* durch die Wor-

12) *Polleti historia fori Rom. Lib. V. cap. 13.* *Sigonius de judiciis Lib. I. cap. 28.*

13) *S. Adams Handb. der röm. Alterthümer I. Th. S. 236.*

1) *Livius XXXI. 50.*

te *lex annua* charakterisirt ²⁾). Das Recht zu ediciren erlangte vermuthlich der Prätor durch unvordenklichen Besitz; dieß widersprach weder den Prinzipien des Rechts selbst, noch der Politik. Die gesetzgebende Gewalt hatte das Volk, und im Angesichte desselben, für dasselbe, gab der Prätor seine Edikte. Man kann also keineswegs sagen, daß er dieß Recht erschlichen habe, es war vielmehr eine stillschweigende Uebertragung vorhanden ³⁾). Auch sehen wir das Volk immer auf einem solchen Standpunkte, daß es selbst der geringsten Ungerechtigkeit des Prätors sich sogleich entgegenzustemmen wußte. Den Römern fiel es aber gar nicht ein, dabei etwas Bedenkliches zu finden. Ließ sich ja zuweilen ein Prätor durch Partheilichkeit verleiten, ein Edikt zu machen, welches nicht hätte gegeben werden sollen, so fehlte es auch gewiß an einem Ankläger nicht. Die Anklage des *Cicero* gegen *Verres* kann zum Beispiele dienen ⁴⁾). Endlich umgab auch der prätorische Glanz den Gewählten nur auf ein Jahr, und er mußte dann vom Tribunale herabsteigen, und das Edict seines Nachfolgers so gehorchend vernehmen, als gebietend vor einer Jahresfrist er das seinige erließ. Eine ungerechte Verordnung ließ das Volk nicht ans

2) *Cicero* in *Verrem* l. 42.

3) *Jo. Richei Vindiciae praetoris Rom. et juris honorarii*. Lugd. Bat. 1748. 8.

4) *Hugo* Lehrb. der r. Rechtsgesch. §. 141.

Licht treten, eine unzweckmäßige dauerte nur kurze Zeit; denn nach einem Jahre erstand ein neues prätorisches Edict. — Was die Verfertigung der einzelnen prätorischen Edicte selbst betrifft, so ist es mir wahrscheinlich, daß der Prätor sie gewöhnlich mit Zuziehung von erfahrenen Rechtsgelehrten und Magistraten verfaßte, ohne zu behaupten, daß er gesetzlich daran gebunden war, wiewohl wenigstens der prohibitive Antheil der Tribunen durch die römische Staatsverfassung bewiesen scheint ⁵⁾. Die Publication geschah auf mehrfache Art, um das Volk ja recht bestimmt von demjenigen in Kenntniß zu setzen, was bei der Verfolgung der Rechtsstreitigkeiten ihm am nächsten liegen mußte. Der Prätor erklärte nämlich 1) bei versammeltem Volke von den *rostris* herab selbst, welches Verfahren er sich bei seiner Amtsführung zur Richtschnur gewählt habe; dann 2) war ein Herold beauftragt, es überall auszurufen, und endlich 3) wurde es *in albo* angeschlagen ⁶⁾, wo der Römer zu jeder Zeit sich Rathes erholen konnte. Die auf diese Art abgefaßten und publicirten Edicte wurden verschiedentlich eingetheilt. Die vorzüglichsten Fundamente der einzelnen Eintheilungen waren der Ort, für welchen sie gegeben waren, die Zeit, zu welcher sie erschienen, und die Quellen, woraus sie ge-

5) Heineccius I. II. 23. not. n.

6) Idem l. c. not. m.

nommen wurden. In der letzteren Hinsicht unterschied man *edicta tralatitia* und *nova*. Diejenigen Sätze nämlich, welche der neuerwählte Prätor aus irgend einem Edikte seiner Vorgänger entlehnte, hießen *tralatitia*, diejenigen aber, welche aus seinen eigenen Bestimmungen hervorgingen, wurden *nova* genannt. In Rücksicht auf den Ort hatte man *edicta urbana* und *provincialia*, je nachdem nämlich die prätorischen Verordnungen für die Einwohner der Hauptstadt selbst, oder für einzelne Provinzen des römischen Staats, von den Stadt- oder Provinzial-Prätoren gegeben waren. Unter den Stadt-Prätoren wird hier freilich etwas mehr verstanden, als das lateinische Wort *praetor urbanus* ausdrückt; denn auch der *praetor peregrinus* wird billig hieher gerechnet, weil seine Gerichtsbarkeit sich nicht ausser die Stadt erstreckte, und demnach seine Edikte allerdings auch für die beständigen Einwohner der Stadt und nur für diejenigen Fremden galten, welche in Rom sich aufhielten. Die Eintheilung endlich, welche die Zeit begründet, ist die in *edicta perpetua* und *repentina*. Man bezeichnet diese Edikte auch mit den Worten *generalia* und *specialia*, weil jene im Allgemeinen beim Antritte des prätorischen Amts erlassen wurden, diese aber während des Administrationsjahrs für besondere Fälle erschienen. In diesen für die letzteren Begriffe gegebenen Bestimmungen ist zugleich auch die Bedeutung für die ersteren enthalten. Die

edicta repentina verursachten viele Unordnung, und der Prätor war dadurch seiner menschlichen Schwachheit gar zu sehr preisgegeben. Es war daher sehr heilsam, daß man in der Zukunft diesem Mangel abzuhelpen suchte. Durch ein Gesetz, welches seinen Namen von dem Tribune *Cajus Cornelius* führt, machte man es daher den Prätores zur Pflicht, blos nach ihren *edictis perpetuis* Recht zu sprechen 7). Daß aber hierdurch die *edicta repentina* nicht ganz aufgehoben seyn mögen, lehrt uns ein Fragment aus *Ulpian's* Commentaren über das Edict 8). Die römischen Rechtsgelehrten beschäftigten sich jetzt eifriger mit dem Studium der Edikte, und vorzüglich zeichnet die Geschichte zu August's Zeiten einen gewissen *Aulus Ofilius* aus. Das *jus honorarium praetoris* wurde jetzt mehr geschätzt; bei den jungen Römern trat es in die Stelle der 12 Tafelgesetze, und alles wirkte zusammen, es seiner Vervollkommnung näher zu bringen. Als der Culminationspunkt desselben gilt die Zeit des Kaisers *Hadrian*. Hier nämlich wurde durch *Salvius Julianus* ein Zusammentrag aus den *edictis praetorum urbanorum peregrinorum et aedilium* veranstaltet, und als *edictum perpetuum* im strengen Sinne hingestellt. Ueber dasselbe

7) *Ascon* in *Cicero*n, pro *C. Cornelio mai. reo*. *Hugo* angef. Lehrb. §. 217. S. 335.

8) *L. 7. pr. D. de jurid.*

commentirten dann die grössten Rechtsgelehrten der Römer, und so entstanden zum Theile die schätzbarsten Werke des classischen Pandectenrechts.

§. 14.

C. Von der Tendenz des prätorischen Rechts.

Schon die römischen Juristen haben die Tendenz des prätorischen Rechts klar ausgesprochen, und es ist unbegreiflich, wie manche Rechtsgelehrte so sehr auf Irrwege geleitet werden konnten. *Papinian in l. 7. §. 1. D. de just. et jure* sagt: *Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam.* In diese wenigen Worte hat er die ganze Tendenz des prätorischen Edikts zusammengefasst, und am Schlusse noch deutlich bemerkt, wie grossen Einfluss die Verordnungen des Prätors auf das allgemeine Wohl hatten. Ich glaube, die Sache nicht unzweckmässig zu behandeln, wenn ich hier eine doppelte Tendenz annehme. Der Prätor hatte nämlich

I. vor allem den Zweck, die Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze des strengen Civilrechts auf einzelne Fälle zu vermitteln und zu erleichtern. Er bekräftigte und unterstützte

hier das Civilrecht, ohne etwas daran zu ändern, *confirmavit, approbavit jus civile*; und dies that er vorzüglich durch die Aufnahme desselben in sein System. Hier verfuhr er auf eine doppelte Art: a) bemerkte er Dunkelheiten, so suchte er sie aufzuhellen; gewahrte er Zweideutigkeiten, so suchte er sie zu entfernen; b) stand etwas in den Gesetzen nicht mit ausdrücklichen Worten, es lag aber in dem Geiste derselben; so zog er es hervor und füllte so die Lücken des Civilrechts aus. Der Prätor mußte daher auch wohl etwas mehr als bloßer Rechtsgelehrter seyn; in ihm mußte sich der wahre Staatsmann zeigen. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze waren ihm gegeben, und er erkannte sie als allgemeine Normen an, indem er sie in sein System aufnahm; aber für die besonderen Bestimmungen derselben war auch noch ein Plätzchen in seinem Edikte. Den allgemeinen Verordnungen in den einzelnen Fällen treu zu bleiben, die besondern zugleich dem Geiste seines Volkes anzupassen; dies war der Zweck, den sich hier der Prätor vorgesteckt hatte; auf diese Art bestätigte er die allgemeinen Gesetze, auf diese Art half er dem Civilrechte nach. Daher mag man wohl nicht so ganz ein prätorisches Edikt mit unsern Prozeßordnungen vergleichen; wenigstens müßte man dann einen ganz andern Begriff von Prozeßordnung feststellen, als man bisher zu haben gewöhnt war, und ob dann nicht jener alte, ich sehe nicht ein,

warum, fehlerhafte Unterschied zwischen Landrecht und Procefsordnung zusammenstürzen würde, will ich dahin gestellt seyn lassen. Die prätorischen Edikte erstreckten sich vielmehr auf alle Bestimmungen der Civilgesetze, und behandelten alle nach dem vorgesteckten Zwecke. So wurde demnach ein Theil derselben von dem Prätor bestätigt, indem er sie auf einzelne Fälle anwendete, und dadurch, wie *Papinian* sagt, einen so allgemeinen Nutzen stiftete. Ich kann wirklich sagen, einen allgemeinen; denn nicht nur das ganze Volk, sondern auch der Prätor selbst genoß die schönsten Früchte davon. Auf der einen Seite nämlich hatte er sich durch diese Arbeit die Gerechtigkeitspflege selbst erleichtert, und auf der andern Seite war er der gefährlichsten Klippe, die dem Richteramte droht, entgangen. Der Römer konnte jetzt nicht mehr über die Partheilichkeit seines Prätors klagen ¹⁾, dieser hatte ja gleich bei seinem Amtsantritte erklärt, nach welchen besondern Normen er die allgemeinen Gesetze behandeln würde; er hatte sein ganzes Verfahren dem Volke vor Augen gelegt. Aber auch die Bürger hatten den Vortheil, daß sie über die besondren Rechtsverhältnisse zum voraus belehrt waren; — *sciebant cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque praemuniret* ²⁾. Der Prätor hatte auf diese

1) §. 7. J. de jure natur.

2) Pomponius in lege 2 §. 10. D. de orig. juris.

Art alles Unbestimmte näher auseinandergesetzt, den Gesetzgeber in den besondern Fällen repräsentirt, und gleichsam eine stäts fortlebende Gesetz-Commission gebildet; seine Edikte waren die *viva vox juris civilis* ³⁾; er sprach das aus, was die gesetzgebende Gewalt ausgesprochen haben würde, wenn sie die besonderen Verhältnisse erörtert hätte, er sprach das aus, was das Volk in den einzelnen Fällen selbst ausgesprochen haben würde, wenn die Schwierigkeit seiner Zusammenberufung nicht den Ausspruch gehindert hätte.

§. 15.

II. So erreichte der Prätor einen seiner Hauptzwecke, ohne etwas an dem Civilrechte zu verändern, zu dem zweiten wichtigeren konnte er freilich ohne Abänderung in den Civilgesetzen nicht gelangen. Hier war vielmehr diese durchaus nothwendig, denn die übertriebene Strenge der alten Gesetze mußte gehoben werden. Und hier nach den Grundsätzen des Naturrechts und der Billigkeit zu mildern, war demnach der 2te Hauptzwek des Prätors bei Abfassung seines Ediktes. Das Civilrecht wurde so im Allgemeinen verbessert — (*jus civile emendatum est in genere*); die Verbesserung selbst aber konnte auf doppelte Art bewirkt werden:

3) Marcian in lege 8. D. de just. et jure.

a) Indem an die Stelle der Grundsätze des alten Rechts neue Normen gesetzt wurden, *Praetor impugnavit, correxit tali modo jus civile*. Man irrt sehr, wenn man glaubt, daß der Praetor gesetzgebende Gewalt in Händen hatte; dazu konnte er bei der kräftigen republikanischen Verfassung Roms nicht gelangen, und als der Staat ein Kaiserreich wurde, sank das Ansehen des Prätors in eben dem Maasse, als sich das Ansehen des Imperators hob. Aber mit dem Rechte zu ediciren hatte sich sehr leicht das Recht, ungerechte gesetzliche Bestimmungen aufzuheben, verbunden, und das ganze römische Volk vernahm und billigte es stillschweigend mit wahrem Vergnügen, wenn ein Prätor von diesem Rechte Gebrauch machte. Im Grunde war freilich der Prätor nicht *ex proprio jure* thätig, er übte ein Recht des Volkes als seines Souverains aus, was aber das Volk leicht in seinen Händen lassen konnte, da es von der Nothwendigkeit der Abänderung überzeugt war und gegen mögliche Verletzungen durch die Aufsicht seiner übrigen Magistrate, besonders aber der tribunitischen Gewalt, jenes Grundpfeilers der freien römischen Staatsverfassung, hinlänglich gesichert wurde. Es liefs demnach den Prätor wirken, der freilich oft die Hände voll zu thun hatte, um hier seiner Pflicht vollständig nachzukommen. Das Civilrecht kam nämlich vorzüglich durch zwei Umstände, wovon der eine allen Gesetzgebungen, der andere

aber besonders der römischen eigen ist, in einen solchen Zustand, daß es der Correction allerdings bedurfte. a) Im Laufe der Zeit waren die Grundprincipien mancher Rechts-Institute abgeändert worden, die Folgen derselben aber, die in allen Theilen des Rechts-Systems tiefe Wurzeln geschlagen hatten, waren nicht auf einmal alle vertilgt. Da hatte nun der Prätor gleich einen Wirkungskreis, und seine Edikte mußten vor Allem mit auf diesen Punkt gerichtet seyn. b) Oben haben wir gesehen, wie verschieden die Quellen des römischen Civilrechts waren; aus diesen verschiedenartigen Quellen flos verschiedenartiges zusammen, was sich oft nicht gerne vereinigen oder den Grundprincipien anschmiegen wollte. Auch hier konnte vorzüglich der Prätor, da seine Wirksamkeit nur Eine war, durchgreifen, und dem Rechtssysteme Einheit geben. Ueberhaupt konnte zu diesem ganzen Zwecke der Prätor wieder am meisten wirken, da er durch die Aufsicht auf die Gesetze und durch die Anwendung derselben am ersten auf das Unrechtmäßige geleitet werden mußte.

b) Die Verbesserung des Civilrechts konnte auch auf eine solche Art bewirkt werden, daß der Prätor nicht *contra jus civile* gieng, sondern nur etwas *praeter jus civile* verfügte, dasselbe im engern Sinne emendirte oder supplirte. Auf die eigentliche Verfolgung der Rechte muß-

te der Prätor seines Amtes wegen ganz vorzüglich sein Augenmerk richten, und daher kommt es, daß wir hier allerlei Bestimmungen, die seinen Stempel an sich tragen, bemerken. Das alte Civilrecht hatte nämlich manche wirklich sehr unbillige Action gegeben; der Prätor konnte sie nicht geradezu umstoßen; er gab daher eine Exception und machte auf diese Art die unbillige *Actio* mittelbar unwirksam. Eben so verfuhr er bei der Anordnung der Restitutionen. Das einmal vollführte Geschäft konnte der Prätor nicht schlechthin für nichtig erklären, das Gesetz hatte ja dies nicht bestimmt; er mußte daher irgend ein Mittel wählen, um der Billigkeit zu opfern, ohne das Gesetz zu schänden. Er erfand demnach die Restitutionen, und hatte auf solche Art seinen Zweck erreicht. Auch durch seine Fictionen folgte er den Grundsätzen der Billigkeit, ohne die Principien des Rechts zu verletzen.

III.

Wirkungen des prätorischen Rechts auf einige Theile des Civilrechts-Systems.

§. 16.

A. Auf die Lehre vom Besitz.

Interdikte.

Ich halte es für angemessen, hier einige Worte über den Zweck des Prätors bei der Einführung der possessorischen Rechtsmittel, über

die Natur der vorzüglichsten Interdikte, und über das Verhältniß derselben zu den Actionen zu sprechen. — Was den ersten Punkt betrifft, so glaube ich, der ganz einfache Zweck, *das Recht des Besizes zu schützen*, schwebte dem Prätor bei Einführung der Interdikte vor. Wenigstens ist nichts der Natur der Sache angemessener, als diese Annahme, und sie führt ganz natürlich zu einer oben angegebenen Haupttendenz. Der Prätor supplirte nämlich hier; von den Gefühlen der Billigkeit geleitet, paßte er in das System ein Institut, das seiner Billigkeitsliebe so sehr entsprach. Ja, den Besitzer nahm der Prätor ganz vorzüglich in Schutz, und wir entdecken diese Wahrheit nicht nur in dem vorliegenden Punkte, sondern durch das ganze Rechtssystem hindurch. Ich will hier blos auf die *bonae fidei possessio* als prätorisches Eigenthum, und auf die damit verbundene Klage aufmerksam machen, und das Uebrige wegen der hier nothwendigen Kürze dem Nachdenken meiner Leser überlassen.

§. 17.

Nun einige Worte über die Natur der vorzüglichsten Interdikte. Daß ich hier blos von den *interdictis retinendae et recuperandae possessionis* sprechen kann, ist klar, da die Verwandtschaft der Interdikte *adipiscendae poss.* mit diesen blos dem Namen nach besteht, und letzteren für erstre oben aufgestellten Zweck nicht haben ¹⁾. Uebrigens bemerke ich im Allgemei-

¹⁾ von Savigny Recht des Besitzers §. 34.

nen, daß alle Interdikte persönliche Rechtsmittel sind, mithin nicht gegen den dritten Besitzer gehen und in das Obligationenrecht gehören, weil meistens *obligationes ex delicto* ihnen zum Grunde liegen ²⁾. Was die *Interdicta retinendae poss.* insbesondere angeht, so sind sie durch 5 Erfordernisse bedingt. Juristischer Besitz, gewaltsame Störung und dennoch Fortbestehen des Besitzes berechtigen zu diesen Interdikten. Was sie vorzüglich von den andern possessorischen Rechtsmitteln unterscheidet, ist ihr Duplicitäts-Karakter, vermöge dessen auch der Kläger, wenn die Umstände gegen ihn sprechen, condemnirt werden kann. Arten derselben sind das *interdictum uti possidetis*, und *utrubi*. Beide haben gegenwärtig nur noch ein einziges Unterscheidungsmerkmal. Unbewegliche Güter erfordern das erstere, bewegliche das letztere Rechtsmittel. Dem ehemals für das *interdictum utrubi* so charakteristischen Erfordernisse der *major pars anni* des Besitzes, das auch Anlaß gab zu einer Ungewissheit bei der Classification des Interdikts, wo dann die dabei zu berücksichtigende Fiction des Rechts entscheidet, wurde wahrscheinlich erst vom K. Justinian seine Kraft benommen ³⁾. — Die *interdicta recuperandae poss.* äussern ihre Wirksamkeit, wenn der Besitz auf eine Art ver-

2) L. 1. §. 3. D. d. Interd.

3) §. 4. J. de Interd. Die Stelle Ulpian's L. 1. §. 1. D. Utrubi, worin diese Aenderung schon vorkommt, ist daher interpolirt. Denn Paulus Sent. recept. Lib. V. Tit. 6. §. 1. spricht noch von der *major pars anni*, als einem Erfordernisse des Interdicti Utrubi.

loren ist, welche ihn in den Händen des gegenwärtigen Besitzers *vitios* macht. Die 3 in den Gesetzen so oft angegebenen *vitia possessionis* sind angewendete Gewalt, Verheimlichung des Besitzes überhaupt, und Weigerung der Restitution eines precären Besitzes. Für jeden dieser Fälle hat der Prätor ein eignes Interdikt gegeben, wovon aber das erstere an Wichtigkeit stets die andern übertraf und auch jetzt noch bei weitem übertrifft. Es ist das *interdictum de vi*, vor Zeiten in doppelter Gestalt geltend, gegenwärtig aber nur in einer. Fünf Züge in seinem Charakter verdienen ausgehoben zu werden, denn es sind die Hauptzüge. Das Interdikt erfordert nämlich 1) *possessio*, 2) *vis atrox*, wo der Beisatz von *atrox* und seine Beziehung besonders zu bemerken ist; 3) eine von dem Beklagten selbst vorgenommene Gewaltthatigkeit. 4) Dejection des vorigen Besitzers. 5) Auch gegenwärtig noch eine unbewegliche Sache als Gegenstand des Besitzes. — Das *interdictum de clandestina poss.* verdient wenig Erwähnung, da es schon unter den Römern Theils unanwendbar geworden, Theils in das *interdictum de vi* übergegangen ist. — Das *interdictum de precario* hat die singuläre Norm, daß es die Regel der prätorischen Institute — die einjährige Verjährungszeit — verläßt, und eine 30jährige Lebensdauer hat.

§. 18.

Um das Verhältniß der Interdikte zu den Aktionen einzusehen, müssen wir einen Unter-

schied zwischen dem ältern und neuern Rechte machen. Nach dem ältern Rechte wurden die Aktionen und Interdikte als *judicia ordinaria* den *judiciis extraordinariis* entgegengesetzt, und jene vor dem *judex* durchgeführt, während letztere nur des prätorischen Ausspruches bedurften. In dieser Hinsicht zeigt sich keine Verschiedenheit zwischen Aktionen und Interdikten; und es ist als etwas bloß Zufälliges anzusehen, wenn es bei den Interdikten weniger häufig zum wirklichen Verfahren vor einem bestimmten *judex* kam, als bei den Aktionen. In der Untersuchung selbst aber liegt der wesentliche Unterschied beider Rechtsmittel. Bei den Interdikten bestand das Verfahren vor dem *judex* in einem summarischen Prozesse; bei den Aktionen hingegen war der feierliche Gang einer förmlichen Untersuchung erforderlich. — Nach neuerem röm. Rechte machte die allgemeine Einführung des *judicii extraordinarii* dem alten Interdikten - Prozesse ein Ende, und heutzutage sind die Interdikte bloß als Rechtsmittel überhaupt zu betrachten ¹⁾. Was die possessorischen Interdikte insbesondere betrifft, so werden sie im schnelleren Gange des summarischen Processes gebraucht, während die Aktionen gewöhnlich im Gange des ordentlichen Processes durchgeführt werden.

1) S. v. Savigny a. a. O. §. 34.

B. Auf die Lehre von der Verjährung.

Praescriptio.

§. 19.

Auch hier folge ich, wie durchgehends, demselben Plane, den ich im vorigen Abschnitte beobachtete, und spreche demnach 1. von dem Zwecke des Prätors bei Einführung der Präscription, 2. von der Natur der *praescriptio*, und 3. von dem Verhältnisse derselben zur *usucapio* einige Worte. — Dafs die *praescriptio* eine Schöpfung des Prätors ist, unterliegt keinem Zweifel; dafs aber auf der andern Seite, die kaiserlichen Constitutionen dieses Institut weiter ausbildeten, ist nicht minder bekannt. — Der Praetor ordnete aber eigentlich 2 verschiedene Präscriptionen an: 1) im Anfange die allgemeine, ordentliche, 2. in der Folge der Zeit die sich besonders auf die Servituten beziehende, von den neueren Schriftstellern mit dem Namen „ausserordentliche“ bezeichnete. Bei beiden müssen wir nun den Zweck aufsuchen, den der Prätor vor Augen hatte, wobei der Kenner der Geschichte der Verjährung schon zum voraus weifs, dafs es ein verschiedner seyn mufs. — Der Zweck der ersteren Art der Präscription war, die Usucapion zu ergänzen, und da zu wirken, wo die Natur des Gegenstandes die Wirkung der Usucapion nicht zuliefs. Sie war also von dem Prätor *in subsidium* gegeben und nur für diejenigen Fälle bestimmt, wo die Verjährung des Civilrechts nicht eintreten konnte. Auf diese Art wurde das *jus civile emendirt*, und der

Billigkeit gemäß, wurden Verordnungen gegeben, welche die Verjährung auf Sachen ausdehnten, von denen bei der Usucapion keine Rede gewesen war. So konnten also Provinzial-Grundstücke präscribirt werden, die der alten Civilrechtsverjährung keineswegs unterworfen waren. Der Prätor verfügte demnach hier etwas *praeter jus civile*, er supplirte das Civilrecht. — Der Zweck der letztern Art der Verjährung bestand darin, jenen im Besitze zu schützen, welcher lange Zeit hindurch eine Servitut weder mit Gewalt, noch heimlich, noch bittweise ausgeübt hatte. Ohne hier von andern Rücksichten auszugehen, bemerke ich nur, daß nichts mehr den ersten Gründen der Einführung der Verjährung überhaupt entsprach, als diese Verordnung des Prätors. Um endlosen Streitigkeiten vorzubeugen und das Eigenthum zu fixiren, war die Usucapion eingeführt worden; wo ließen sich aber der Streitigkeiten mehrere denken, als bei Servituten, wo das nachbarliche Verhältniß so vielen Anlaß dazu darbot? Gleichwohl untersagte die *lex scribonia* die Usucapion der Servituten, und dadurch wurde zugleich die gewöhnliche Präscription derselben unstatthaft ¹⁾. Der Prätor aber füllte die nun entstandene Lücke wieder aus, durch Einführung einer den Servituten eigenthümlichen Verjährungsart, welche von den Rechtslehrern mit dem Namen der *praescriptio extraordinaria* bezeichnet wird. Diese erstreckte sich übrigens nicht auf die Verjährung der Servituten im All-

¹⁾ Gros Gesch. der Verjährung nach dem röm. R. §. 54.

gemeinen, denn weder die Usucapion der Freiheit, noch die Erlöschung durch Nichtgebrauch wurde durch das scribonische Gesetz aufgehoben ²⁾; hieher reichte vielmehr das Gebiet der Usucapion von den ersten Zeiten bis in die Periode der allgemeinen Umänderung der Lehre von der Verjährung durch Justinian.

§. 20.

Der bekannten, schon oben berührten Methode des Prätors zufolge war die *praescriptio* ursprünglich nichts anders als eine Einrede, wie sich schon aus dem Worte *praescriptio*, das mit *exceptio* gleichbedeutend ist, und aus der Stellung der Materie in der Pandekten-Compilation ergibt. Den Kaisern überhaupt war es vorbehalten, dieß Institut auszubilden, und sie legten den Grundstein dazu, indem sie jene von dem Prätor ertheilte *Exceptio* in eine *actio in rem utilis* verwandelten ¹⁾. Auf diese Art zog man der *praescriptio* den Charakter einer erwerbenden Verjährung an, und gab ihm in der Folge zugleich Festigkeit, da man die unter den Prätoresn gewöhnliche unbestimmte Zeit der Erwerbung in eine bestimmte umschuf. Auch erstreckte sich die präscription ursprünglich blos auf Provinzialgrundstücke, später wurde sie aber auch auf öffentliche Sachen, auf Fiscalgüter und Güter der Munizipalstädte, ausgedehnt. Sie gieng auch auf unkörperliche Sachen, und seit Marcus

2) Gros a. a. O. S. 60. 62.

1) L. 13. §. 1. D. de jurejur. S. Glüks Erläuterung der Pandekten Th. 8. S. 375. Not. 3.

Aurelius Antoninus auch auf bewegliche ²⁾). So war ihr ein weiter und ein kräftiger Spielraum gegeben, das Institut war *extensiv* und *intensiv* vervollkommnet, es hatte an Gröfse und an Kraft gewonnen. Sein Karakter überhaupt hatte ihm diese Ausdehnung verschafft. Die Principien der Billigkeit, die überall durchgriffen, und die Strenge des Civilrechts verdrängten, hatten Alles für sich eingenommen und sich einen offenen Weg zu immer weiteren Fortschritten gebahnt. So mußte es endlich dahin kommen, dafs die Präscription das Civilrechts-Institut wo nicht verdrängte, doch an Kraft ihm ganz gleich kam. Justinian nämlich, nicht nur berühmt durch seine Compilation, sondern auch durch seine eigenen Rechtsbestimmungen, vereinigte die Usucapion und Präscription miteinander ³⁾, und schuf so gleichsam eine neue erwerbende Verjährung, in welche sich auch die *praescriptio extraordinaria* auflöste, die sich zuvor von der *ordinaria* dadurch unterschieden hatte, dafs sie blos einen fehlerfreien Besitz und keinen Titel erforderte, um thätig zu seyn. So war eine allgemeine Verjährung entstanden, zu deren Vollkommenheit die neuerschaffne 50-, 40- und 100-jährige Präscription kräftig mitwirkte.

§. 21.

Um endlich das Verhältnifs der Präscription zur Usucapion gehörig zu erörtern, so müssen

2) L. 9. D. de div. temp. praescript.

3) C. un Cod. de usucap. transform.

wir dasselbe nach dem ältern und neuern Rechte betrachten. A) Nach älterem Rechte. Ursprünglich bestanden beide Institute nebeneinander, und an die Grenzen der einen schloß sich die andere an. Wo die Usucapion wirken konnte, da bedurfte es der Präscription nicht, und wo jene keinen Raum hatte, trat diese ein. Diese war also zur Ergänzung von jener geschaffen. Was ihre Unterscheidungsmerkmale anbelangt, so lag der Grund größtentheils in der Verschiedenheit ihrer Quellen. Die Usucapion folgte der Strenge des Rechts, die Präscription den Principien der Billigkeit — dieß scheint mir genug gesagt, um die Differentien beider daraus zu entwickeln. Diesen Ansichten zufolge lief die Präscription nicht gegen Minderjährige und Pupillen, wohl aber die Usucapion; diesen Ansichten zu Folge wurde jene schon durch die Litis Contestation unterbrochen, während diese ein Erkenntniß des Richters oder den Verlust des Besitzes zur Unterbrechung erforderte. Uebrigens bemerke ich hier vorzüglich 3 Hauptunterschiede, die ich kurz zu berühren nicht unterlassen kann. 1. Dem Zwecke des Prätors bei Errichtung seines Instituts gemäß fand die Präscription bei Sachen statt, welche der Usucapion nicht unterworfen waren, ursprünglich bei Provinzialgrundstücken und später auch bei öffentlichen Sachen. 2. Was die Zeitbestimmung betrifft, so war die der Präscription anfangs unbestimmt, in der Folge der Zeit zwar bestimmt, aber von weit größerem Umfange, als die der Usucapion. 3. In Betreff der Wirkung gab die *usucapio* das *dominium quiritarium* und die *rei*

vindicatio directa, die *praescriptio* aber nur das *dominium bonitarium* und als Rechtsmittel anfangs eine Exception, später eine *rei vindicatio utilis*. — B) Nach neuerem Rechte. Aller wesentliche Unterschied beider ist durch *Justinian* aufgehoben, wo nicht unmittelbar, doch wenigstens mittelbar, da eine ganz neue Verjährung hervortrat, die sich eben dadurch charakterisirt, daß man nicht nöthig hat, auf den Unterschied ihrer Quellen zu sehen. Nur noch ein Nominalunterschied ist übrig, indem man nicht von einer *usucapio servitutum* oder *longissimi temporis* spricht.

C. Auf die Lehre von den dinglichen Rechten;

a) besonders auf die Lehre vom Eigenthume.

Vom prätorischen Eigenthume und der prätorischen Eigenthumsklage, (*actio publiciana*).

§. 22.

Zuerst von dem Zwecke des Prätors bei Anordnung der *actio publiciana*, dann von dem Grunde und der rechtlichen Natur derselben, und endlich von ihrem Verhältnisse zur *rei vindicatio*. Die Tendenz des Prätors bei Einführung dieses Rechtsmittels gieng dahin, die Verfolgung des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte, welche durch Verjährung erworben werden können, zu erleichtern. Die Klage kann

daher nicht nur bei Streitigkeiten über das Eigenthum, sondern auch bei denen über andere dingliche Rechte wirksam gebraucht werden. Doch hauptsächlich war sie für den ersteren Punkt bestimmt, und derselbe gab auch Anlaß zur *actio publiciana*. Das wahre römische Eigenthum, *dominium juris Quiritium*, konnte nämlich nur durch ein einziges Rechtsmittel, die *rei vindictio*, geltend gemacht werden, welche einen äußerst schwierigen Beweis erfordert. Nur selten konnte dieser Beweis durchgeführt, und hiemit der Proceß gewonnen werden; ja der *bonae fidei possessor*, der seinen Besitz verloren hatte, war in der mißlichsten Lage; denn er mußte dem gegenwärtigen weit schwächeren Besitzer weichen. Diese Unbilligkeit entgieng dem Prätor nicht; er war daher sogleich entschlossen, jenem, welcher zwar nicht das wahre römische Eigenthum, wohl aber ein Recht besaß, die Sache zu haben, zu gebrauchen und zu benutzen, gegen solche, denen ein schwächeres Recht zukam, eine Art von Eigenthum, und auf dem Grunde desselben eine dingliche Klage einzuräumen, die man von ihrem Erfinder *actio publiciana* nennt ¹⁾. Nun war der *bonae fidei possessor* sicher gestellt, und er konnte sein Recht, auch wenn er den Besitz verloren hatte, geltend machen. So wurden die strengen Grundsätze des Civilrechts gemildert, und der schwierigen *rei vindictio* ein Rechtsmittel an die Seite gesetzt, das durch seinen leichtern Beweis den Principien der Billig-

1) S. Bern. Henr. Reinoldi Diss. de Edicto Publiciano: in Opuscul. pag. 358 sqq.

keit entsprach, ohne die Forderungen des Rechts zu verletzen. Ja, der Prätor gieng hier keinen Schritt gegen die Anordnungen des *jus civile*; er ließ das alte Gebäude feststehen und baute nur ein neues an. Er supplirte und emendirte, während er zugleich auf der andern Seite die Grundsätze des Civilrechts in seinem neuen Institute bestätigte, und den Civilgesetzen nachhalf, indem auch dem wahren römischen Eigenthümer dies Rechtsmittel die trefflichsten Dienste leistete.

§. 23.

Der unmittelbare Grund der *actio publiciana* ist in der Regel ein prätorisches Eigenthum. Zwar kann die Klage, wie ich schon oben bemerkte, auch bei andern dinglichen Rechten gebraucht werden, doch ich will hier nur von dem Hauptpunkte sprechen. Der Prätor suchte vor allem in dem Civilrechtssysteme einen Punkt auf, den er bei seinem Gebäude zum Grundsteine machen konnte. Diesen fand er in der Lehre von der Usucapion. Hier faßte er den Grundsatz in die Augen, daß der Kläger nicht nöthig habe, den Rechtstitel seines Auctors zu erweisen, wenn die Usucapion ihm zu Statten kam. Er bedurfte aber bei seiner neuen Klage auch weiter nichts, als zu bestimmen, daß der Kläger des schwierigen Beweises über den Rechtstitel seines Auctors entledigt seyn sollte, um auf diese Art alle Unebenheiten der R. V. auf einmal hinweggeschafft zu haben. Bei der Usucapion hatte das Civilrecht schon diese Bestim-

mung gemacht; der Prätor hatte daher gar keine neuen Bestimmungen nöthig; er brauchte nur die Usucapion zu fingiren, und die Basis war gelegt ¹⁾. So hatte er also den Grund für sein neues Eigenthum gefunden; er durfte jetzt nur fortbauen, und die Principien der Verjährung anwenden, ohne auf die Zeitbestimmung Rücksicht zu nehmen. Daher verlangt das prätorische Eigenthum alle Erfordernisse der Usucapion, den Ablauf der Zeit allein ausgenommen. Bei demselben ist also 1) *bona fides* nothwendig, und zwar in der Regel sowohl zur Zeit des geschlossenen Contrakts, als zur Zeit der Uebergabe; 2) wird ein rechtsgültiger Titel erfordert, eine *justa causa*, wie sich das Edikt ausdrückt, und wobei wir keinen Grund haben, eine Unächtheit der Worte anzunehmen ²⁾.; 3) muß eine Sache vorhanden seyn, die Usucapionsfähigkeit hat, oder an welcher man wenigstens die Proprietätsrechte erwerben kann. Usucapionsfähigkeit ist freilich deswegen nicht immer erforderlich, weil, wie wir im vorigen Abschnitte erfahren haben, da die Präscription ihre Wirkung äußert, wo die Usucapion nicht wirken kann. Sachen, die also der Präscription unterworfen sind, können allerdings mit der *actio publiciana* verfolgt werden. Endlich gehört 4) hieher die Uebergabe der Sache, welche jedoch nicht erfordert wird, wenn das Eigenthum nach dem Civilrechte ohne Uebergabe er-

1) §. 4. J. de actionib.

2) Glück Comm. VIII. 2. §. 593. 594. S. 315.

worden wird. Daher ist der Besitz also nur ein zufälliges Erforderniß, und wir finden darin eine Abweichung von den Regeln der Verjährung. Wo der Besitz aber statt finden muß, da ist es eigends erforderlich, daß ihm ein *animus sibi habendi* zum Grunde liege, ohne welchen das prätorische Eigenthum nicht gedacht, und wegen dessen es dem Pfandgläubiger und precären Besitzer abgesprochen werden muß²⁾. Hierinnen liegt wieder eine Uebereinstimmung mit der Usucapion. — Ist nun eine Sache unter diesen Umständen erworben worden, so befindet sie sich im prätorischen Eigenthume, und hat sich eines eigenen Rechtsmittels, der *actio publiciana*, zu erfreuen, die, dasjenige ausgenommen, was sich auf ihre Grundlage bezieht, sonst alles mit der R. V. gemein hat. Ihrem Charakter ist es gemäß, daß sie auch von dem wahren römischen Eigenthümer wirksam angestellt werden kann, und zwar sowohl von ihm als *bonae fidei possessor*, als auch in der alternativen Cumulation mit der R. V.

§. 24.

Das Verhältniß der A. P. zur R. V. aufzufinden, ist nicht vielen Schwierigkeiten unterworfen. Die A. P. hat in doppelter Hinsicht einen weit ausgedehnteren Wirkungskreis; nämlich 1. nach der intensiven Seite, indem sie wegen des leichteren Beweises in weit mehr Eigenthumsprocesse eingreift; 2. nach der extensiven

2) L. 13. §. 1. D. de public. in rem act.

Seite , indem sie sich nicht bloß auf Verfolgung des Eigenthums, sondern auch auf Geltendmachung andrer dinglichen Rechte erstreckt. Im Allgemeinen ist daher der Satz richtig, daß die A. P. ihrer Natur nach immer da zulässig ist, wo die R. V. statt hat, nicht aber umgekehrt. Die R. V. ist durch die Strenge des Civilrechts mehr beengt, und aufwenigere Verhältnisse passend. — Ich hätte auf diese Art kurz das Verhältniß beider Rechtsmittel angegeben, — mich hierüber weit zu verbreiten, ist hier der Platz nicht; doch will ich noch auf zwei Unterscheidungsmerkmale aufmerksam machen, die mir unter die wichtigsten zu gehören scheinen: 1) dem Zwecke des Prätors bei Einführung des Instituts gemäß erfordert die A. P. einen weit leichteren Beweis, als die R. V. Erstere nämlich verlangt nur, daß man die in Anspruch genommene Sache durch einen solchen rechtmäßigen Titel an sich gebracht habe, wodurch man das Eigenthum erwerben kann. Die *bona fides* braucht keines besonderen Beweises, und der Besitz nur in dem Falle, wo die Uebergabe zur Erwerbung des Eigenthums nöthig ist. Der *bonae fidei emtor* braucht auch nicht die Befriedigung seines Auctors zu erweisen. Bei der R. V. muß aber der Kläger darthun nicht nur, daß die Sache auf eine rechtsgültige Art auf ihn gekommen sey, sondern auch, wo eine *translatio* vorkommt, daß sein Auctor das Eigenthum, das er vindicirt, auf ihn übertragen konnte und wollte, denn dadurch nur erweist er sein wahres Eigenthum; 2) die A. P. findet gegen jenen

statt, der ein schwächeres Recht hat, da hingegen die R. V. gegen jeden dritten Besitzer Hülfe leistet. Erstre kann daher nicht gebraucht werden 1. gegen den Eigenthümer, einige singuläre Fälle ausgenommen; 2. gegen einen solchen Besitzer, welcher sich vermöge seines Besitzes *in conditione usucapiendi* befindet.

b) *Auf die Lehre vom Erbrechte.*

Prätorisches Erbrecht oder *bonorum possessio*.

§. 25.

Der Ordnung der vorigen Abschnitte gemäß habe ich mich auch hier mit einigen Worten über die Tendenz des Prätors bei der Einführung der *bonorum possessio*, dann über den Charakter derselben und endlich über ihr Verhältniß zur *hereditas* zu erklären. Unter allen prätorischen Instituten finden wir keines so ausgebildet, keines so vollkommen, wie dieses, nur schade, daß weder der Raum, noch der Zweck dieser Abhandlung es erlaubt, in das Detail der Materie einzugehen. Hier stellt sich uns der Prätor in der größten Wirksamkeit dar; die ihm bei Ausbildung des Rechts vorschwebende Tendenz ist in allen Theilen sichtbar, und wo wir bei den vorigen Kapiteln nur einzelne Absichten realisirt finden, da sehen wir hier ein nach allen Seiten durchgeführtes System. Um nun die Ansichten des Prätors bei Errichtung dieses In-

stituts recht klar in die Augen zu fassen, will ich vor allem einige Worte aus den Institutionen anführen und den Sinn derselben auseinander zu setzen suchen. Die Stelle ist *pr. I. h. t.*, dann vorzüglich aber der folgende §. 1., wo es heisst: *Aliquando neque emendandi neque impugandi gratia praetor b. p. pollicetur. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas b. p. Item ab intestato suos heredes et agnatos ad b. p. vocat.* Zu empfehlen ist dabei die Paraphrase des Theophilus zu dieser Stelle. Aus den vorstehenden Worten sehen wir deutlich, dass die Erreichung der doppelten Haupt - Tendenz des prätorischen Rechts das Ziel des Prätors in dieser Materie war. Hauptsächlich hatte der Prätor die Absicht, das alte Civilrecht zu emendiren und zu corrigiren. und die *b. p.*, die er ertheilte, war zuerst eine *necessaria*. Theils Gründe der Billigkeit, theils Gründe des Rechts bestimmten ihn, denjenigen, die nach den Civilgesetzen kein Erbrecht hatten, ein solches zu verleihen, und auf diese Art das Successionssystem zu erweitern. Er verbesserte das alte Civilrecht theils in Rücksicht auf den Unterschied sowohl zwischen *suis* und *emancipatis* als zwischen *Agnaten* und *Cognaten*, theils in Ansehung des Grundsatzes, dass die Erbschaft nur den nächsten Agnaten allein deferirt wurde, und hier durchaus keine Succession des entfernteren statt fand. Nachdem er aber auf eine solche Art die Principien der Civilgesetze gereinigt hatte, so nahm er auch das Gute derselben auf, und dehnte sein System

auch auf diejenigen aus, die schon nach dem Civilrechte ein Erbrecht hatten, indem er also die Grundsätze der Civilgesetze in sein Institut hinübertrug. So entstand die *b. p. utilis*. Der Prätor bestätigte auf diese Art die Verordnungen des Civilrechts, um die Geltendmachung des Erbrechts zu erleichtern. Seiner Billigkeitsliebe gemäß, hatte er nämlich mit seinem Institute verschiedene Vorthelle verbunden, die dem Civilerben als solchen nicht zukamen; um also auch zum Genusse dieser zu gelangen, gab er dem gesetzlichen Erben die *b. p.*, die hier allerdings von Wirkung seyn mußte. So hatte er besonders durch das *interdictum quorum bonorum* seinem Institute einen großen praktischen Vortheil verschafft; man kann durch dasselbe vielen Weitläufigkeiten der bürgerlichen Erbschaftsklage entgehen, und es mußte daher dem *heres civilis* gar nicht gleichgültig seyn, zu dem Gebrauche desselben zu gelangen ¹⁾.

§. 26.

So corrigirte, emendirte, confirmirte der Prätor das Civilrecht in dieser Lehre. Die Veranlassung dazu gaben 2 Umstände, die ich, um nichts zu übergehen, hier berühren will. 1. Die alten Civilgesetze, besonders die zwölf 'Tafelgesetze, waren überhaupt nur Grundzüge, die in jeder Hinsicht der Ausbildung bedurften. Die Gesetze waren für kein großes Volk gegeben. Wenn wir Unbeschränktheit und innere Ausbildung eines Gesetzes zu den Vollkommenheiten dessel-

1) L. 1. Cod. Quor. bonor.

ben zählen, so werden wir freilich manche Mängel entdecken, die erst die Fortschritte der Zeit zu heilen vermogten. So war es besonders in der Lehre von dem Erbrechte, wo das Successions-System der alten Civilgesetze in gar zu enge Grenzen gebannt war. Diefs war freilich in den ersten Zeiten nicht so auffallend, wo die Volksstämme noch schwach waren; da sie aber im Laufe der Zeit in ihren Aesten gewaltig um sich griffen, da bemerkte man die Unvollkommenheit der Gesetzgebung, die nur einen halben Weg gegangen war. Der Prätor überall thätig mußte auch vor Allem hierauf geleitet werden, und er fand es für gut, ein vollständiges, neues, auf Billigkeit gegründetes Gebäude aufzuführen.

2) In den ersten Zeiten konnte man nicht über Ungewissheit des Eigenthums klagen, der Raum war noch zu klein, der Menschen zu wenige; man dachte daher auch nicht an Rechtsbestimmungen darüber. In der Folge aber, als beides anders wurde, fühlte man den Mangel in der Gesetzgebung, und dies konnte nirgends auffallender seyn, als gerade da, wo das Eigenthum auf einen anderen übergehen mußte, weil der bisherige Eigenthümer gestorben war. Das immermehr sich entwickelnde Verhältniß der Gläubiger, die auf diese Art lange mit ihren Ansprüchen aufgehalten wurden, trug auch etwas dazu bei, um den Prätor auf diese Unvollkommenheit des Civilrechts aufmerksam zu machen, und ihn dahin zu bestimmen, ein neues System aufzubauen, durch welches er theils an sich, theils durch die in demselben eigends ge-

gebene Zeitbestimmung dem angeführten Mangel abzuhelpen vermogte. — Diefs waren die Hauptveranlassungen für den Prätor zur Anordnung der *b. p.* — Den ersten Keim zu derselben glaubt *Hugo* ¹⁾ darin zu finden, dafs man bald anfieng, auch bei Peregrinen von einer Succession zu sprechen, da zuvor nur bei Römern hievon die Rede war.

§. 27.

Ueber keine Lehre des römischen Rechts war lange Zeit ein so tiefes Dunkel verbreitet, als über die *b. p.* — Männer, die in ihren Werken die schönsten Kenntnisse des röm. Rechts beurkundeten, erschienen hier in ihrer Schwäche, und nirgends fand man so viel Widersprechendes, so viel Dunkles, als in diesem Theile des Rechts. Es war demnach sehr nöthig, dafs in den neueren Zeiten Gelehrte auftraten, die uns über die Natur des Gegenstandes belehrten. *Koch* in seinem classischen Werke über *b. p.* hat zuerst einen vollkommen befriedigenden Begriff von derselben gegeben. Er sagt nämlich S. 42. die *b. p.* sey das den Civilgesetzen unbekannte Recht, welches der Prätor oder ein neueres den prätorischen Verordnungen annaloges Gesetz zur Erlangung einer Erbschaft gebe. Will man diese Definition genau untersuchen, wozu freilich hier der Platz nicht ist, so wird sich wohl kein gegründetes Merkmal der *b. p.* auffinden lassen, das nicht in derselben enthalten wäre. Um nun die Natur der *b. p.* genauer kennen zu lernen, ist es vor Allem nothwendig, von den

*) In der Rechtsgesch. §. 78. S. 103.

Eintheilungen derselben, die in den Gesetzen vorkommen, gehörig unterrichtet zu seyn. Ich will hier 4 Haupt- und eine Unterabtheilung so kurz wie möglich berühren.

1) Man spricht von einer *b. p. ordinaria* und *extraordinaria*, je nachdem sie ein Ausfluß des prätor. oder neuern Civilrechts ist. Der Prätor führte das Gebäude auf; als aber später mit der Errichtung des Kaiserthums die prätorische Gewalt sank, so bauten die Kaiser entweder unmittelbar durch ihre Constitutionen oder mittelbar durch die *Senatus-Consulte* fort.

2) Die *b. p.* heist *necessaria* o. *utilis*, je nachdem sie einem solchen, dem nach dem Civilrechte kein Erbrecht zusteht, oder dem Civil-Erben gegeben wird. Diese Distinction gründet sich auf die Tendenz des Prätors bei Einführung des Instituts, und ich habe mehreres davon bereits im §. 25. gesprochen.

3) Die *b. p.* wird *cum re* vel *sine re* genannt, je nachdem sie wirklich zur Erbschaft verhilft, oder ohne Wirkung ist, *sine effectu*, wie es *Ulpian* erklärt ¹⁾. Hier kommt es nun ganz auf die Collision des *b. possessoris* mit den Civil- und andern prätorischen Erben an, um für die eine oder andere zu entscheiden.

1) Fragm. tit. 23. §. 6.

4) endlich zerfällt die *b. p.* in die *edictalis* und *decretalis*, je nachdem sie ein wahres Erbrecht giebt, oder nur einen intermistischen Besitz nebst dem Genuß der Alimente. Die *b. p. edictalis*, welches die eigentliche *b. p.* ist, wie sich schon aus dem Begriffe derselben ergibt, ist entweder *contra tabulas*, oder *secundum tabulas*, oder *ab intestato*. Ueber die Natur dieser 3 Arten einige Worte. Erstere findet statt, wenn ein Kind vom Vater oder väterlichen Großvater praeterirt, oder doch nicht *rite* enterbt ist, es mogte ein *suus* oder *emancipatus* seyn. Freilich war sie besonders für den *emancipatus* gegeben, weil dieser nach dem Civilrechte den Vater nicht beerbte. Es nahmen aber auch die *sui* an diesem prätorischen Institute Antheil und erfreuten sich seiner Wirkungen. Durch dasselbe wird nämlich das Testament umgestoßen, und die Intestat-Erbfolge tritt in Wirksamkeit ²⁾. — Die *b. p. secundum tabulas* wird dem im Testamente eingesetzten Erben gegeben, und hat daher die Aufrechthaltung des Testaments zum Zwecke. Sie geht auf den Inhalt des Testaments, und sucht ihn zu realisiren. So wird sie z. B. dem unter einer Bedingung eingesetzten vor der Existenz der Bedingung gegen Cautionsleistung ertheilt. Diese beiden Arten der *b. p.* bilden die *b. p. testamentaria*, und das erste Erforderniß ihrer Wirksamkeit ist ein Testament, dieß sey nun schriftlich oder mündlich. Der *b. p. testamentaria* steht die *ab*

2) l. 4. cod. de liberis praet.

intestato entgegen, welche dann eintritt, wenn entweder gar kein Testament vorhanden, oder das gemachte Testament weder nach dem Civilrechte, noch nach dem prätorischen Edikte gültig ist, und niemand eine *b. p. contra*, noch *secundum tabulas* gesucht hat. Sie erhielt eine Abänderung von Justinian dadurch, daß die zuvor geltenden 8 Grade auf die bekannten 4 *unde liberi*, *unde legitimi*, (dies sind nicht allein Agnaten) *unde cognati*, *unde vir et uxor* reducirt wurden.

§. 28.

Was die Form der *b. p.* betrifft, so verdient sie besonders deswegen unsre Berücksichtigung, weil sie sich von der bei der *hereditas* vorgeschriebenen Form unterscheidet, und überhaupt weit mehr Ausbildung als diese hat. Die *b. p.* muß von jedem agnoscirt werden; bei ihr läßt sich keine *agnitio ipso jure* denken. Uebrigens ist eine Verschiedenheit bei der *b. p. edictalis* und *decretalis* darin, daß erstere in der Regel blos einer Erklärung bei dem Richter bedarf; bei der letztern hingegen ein Decret des Prätors erfordert wird, woher sie auch von den Neuern ihren Namen erhalten hat. Doch kann jede *p. b.* auch durch Bevollmächtigte agnoscirt werden. Auch für die Zeitbestimmung bei der Agnition hat der Prätor gesorgt und verordnet: daß sie von Ascendenten und Descendenten binnen 1 Jahr, von andern Personen aber binnen 100 Tagen geschehen muß.

§. 29.

Da es nun 2 verschiedene Arten von Erben giebt, so ist allerdings jene Frage unter die wichtigsten zu zählen, wie stehen der *b. possessor* und der *heres civilis* gegeneinander. Wir haben oben gehört, daß die *b. p.* entweder zur Emen-
dation im weitem Sinne, oder zur Confirmation des Civilrechts gegeben, also entweder *necessaria* oder *utilis* ist. Tritt die *b. p. utilis* ein, so ist es sehr natürlich, daß der Absicht des Prätors gemäß die Verordnungen des Civilrechts ihre Kraft behalten, und dem Civilerbrechte kein Eintrag geschieht. Die *coheredes* in der Erbschaft concurriren also, der eine habe gleichwohl *b. p. utilem* agnoscirt, der andere aber nicht, und der *potior heres* geht, wenn gleich der *posterior* die *B. P. utilem* agnoscirt hat, diesem vor. Ist aber die *B. P.* eine *necessaria*, so kommt es lediglich darauf an, ob der *bonorum possessor* vor, oder neben, oder nach dem *heres civilis* zur prätorischen Erbfolge gerufen ist. Im ersten Falle geht der *bonorum possessor* dem *heres civilis* vor; im zweiten concurriren beide; im dritten hat weder dieses noch jenes statt, sondern die *B. P.* wird *sine re* ¹⁾. Wir sehen demnach, daß die beiden Arten der Erbschaft sehr gut ineinander passen, und daß wir nicht Ursache haben, über Schwierigkeiten in Collisionsfällen zu klagen. Schließlich bemerke ich

1) Koch Bon. poss. S. 315. f. Hugo Rechtsge-
schichte §. 182.

nur noch, daß die *b. p.* in einem gewissen Falle in der einen Rücksicht *utilis*, in der anderen *necessaria* ist, *utilis* nämlich in Hinsicht des Erbrechts, *necessaria* in Hinsicht der gleichbal- digen Erlangung des Erbschaftsbesitzes ²).

§. 30.

Ich habe noch etwas von dem Verhältnisse der *b. p.* zur *hereditas* überhaupt zu sprechen. Wenn wir die Successionslehre nach römischen Rechte genau betrachten, so finden wir, daß die *hereditas*, als das alte civilrechtliche Institut, die Basis des ganzen römischen Erbrechts ist. Auf sie bezog sich das prätorische Institut, welches keinen andern Zweck hatte, als jene auszubilden, Theils indem es das Mangelhafte an jener entfernte, Theils indem es das Gute derselben mehr empor hob. Zwei Punkte waren es ja, die der Prätor vorzüglich ins Auge faßte, und wodurch sich die *b. p.* vor dem Civilrechts-Institute auszeichnet. 1) Der Prätor, stäts arbeitend im Praktischen, sah auch hier auf das, was bei der Anwendung des Rechts so wichtig ist, auf die Form, und machte genaue Bestimmungen bei der Erbschaftsantretung sowohl über das Formelle überhaupt, als besonders über das die Zeit derselben betreffende. 2) Die Anordnungen des Prätors hielten immer gleichen Schritt mit den Sitten und dem ganzen Charakter des römischen

2) Man sehe hierüber Koch *b. p.* S. 318.

Volkes in den einzelnen Perioden seines Lebens. Da zeigte aber gerade das Civilrechts-Institut seine Schwäche, weil es immer auf einem Punkte stehen blieb. Dafs die billige *b. p.* auch ausgedehnter war, als die strenge *hereditas*, ist leicht einzusehen, wenn wir auch nur auf den einzigen Umstand hinblicken, dafs diese ein eigentlich römisches Institut war, während jene auch auf Nichtrömer gieng. Was übrigens die innere Ausdehnung der *b. p.* betrifft, so haben wir bereits oben bei der Tendenz derselben das Nothwendigste bemerkt. Uebrigens will ich noch auf einige Punkte aufmerksam machen, in welchen sich beide Institute von einander unterscheiden: 1) Nach dem Civilrechte wird die Erbschaft von einem *suus ipso jure* acquirirt, nach dem prätorischen System aber mufs die *b. p.* von jedem agnoscirt werden. 2) Jedoch kann dies hier auch durch einen Bevollmächtigten geschehen, während dort der Erbe die Erbschaft in eigener Person antreten mufs. 3) Die *agnitio b. p.* geschieht immer vor Gericht, die Antretung der *hereditas* kann aber auch aussergerichtlich geschehen. 4) Die vorstehenden drei Punkte beziehen sich auf die Form in engerem Sinne; ein anderer geht auf die Zeit. Der Civilerbe kann in der Regel die Erbschaft antreten, wenn er will; der prätorische hingegen, wenn er Ascendent oder Descendent ist, mufs sich innerhalb eines Jahrs, sonst aber binnen 100 Tagen melden. 5) Endlich will ich noch auf ei-

nen, wenn gleich veralteten, doch über das Verhältniß der beiden Institute belehrenden Unterscheidungspunkt aufmerksam machen. Vor Justinian konnte der *b. possessor* nämlich nur *actionibus fictitiis i. e. utilibus* klagen, da er nur ein *dominium bonitarium* besaß, während man richtig bei dem Civilerben von einem *dominio quiritorio* sprach. Uebrigens glaube ich, daß jeder Kenner dieser Lehre von dem schönen Zusammenhange derselben mit der *hereditas* überzeugt ist, und daß überhaupt das römische Rechtssystem über die Erbschaften unter die meisterhaften Theorien des positiven Rechts gehört.

S ä t z e

aus der

gesamnten Rechtswissenschaft.

- 1) Der Staat existirt in dem Augenblicke, als vernünftige Wesen im Raume gedacht werden.
- 2) Die Democratie ist, meiner Meinung nach, als die Grundform der Staaten zu betrachten.
- 3) Ein Vormund wird wohl wegen eines begangenen *dolus*, nicht aber wegen einer *culpa lata infamis*.
- 4) Die Halbgeschwistre von mütterlicher Seite sind von der *quer. inoff. test.* ausgeschlos-

sen, und die *nov. 118. c. 3. 4.* hat hierauf keinen Einfluss.

- 5) Sowohl bei der Berechnung des Pflichttheils überhaupt, als bei der Bestimmung desselben, ob er nämlich $\frac{1}{3}$ oder die Hälfte seyn soll, werden jene mitgezählt, nach deren Anzahl die Theile der gesetzlichen Erbfolge zu bestimmen sind, wenn sie auch selbst den Pflichttheil nicht fordern können.
- 6) Das Rechtsmittel der *l. 2. cod. de resc. emt. et d.* hat nicht allein bei dem Kauf-Kontrakte Anwendbarkeit.
- 7) Ein Mieth-Kontrakt kann wegen angeblicher Gespenstergeschichten nicht rescindirt werden.
- 8) Eine bedingte Ehe kann nicht geschlossen werden.
- 9) Eine ohne Zustimmung der Eltern wirklich vollzogene Ehe unterliegt nach gemeinem Kirchenrechte der Katholiken keiner Nullität. Das Gegentheil muß nach gemeinem Kirchenrechte der Protestanten behauptet werden.

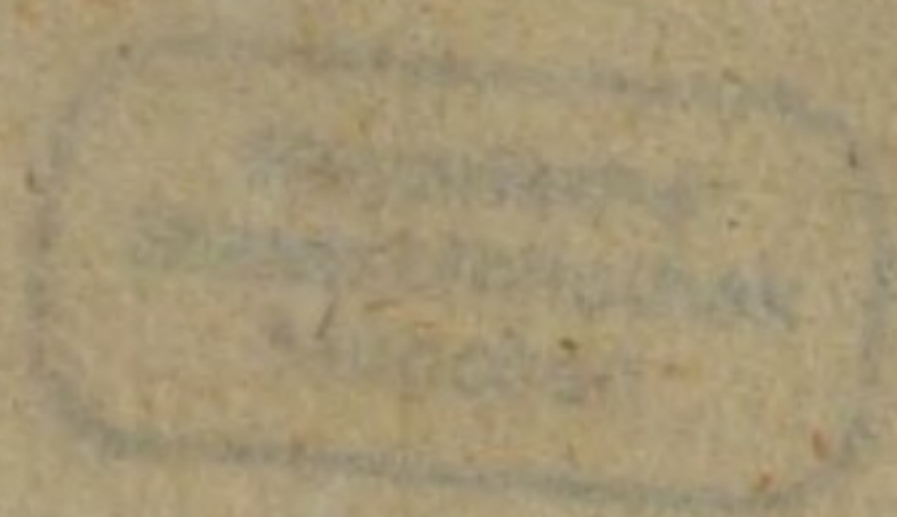
- 10) Das Recht, bei vernichtenden Ehehindernissen zu dispensiren, gebührt nach der Theorie den Bischöfen *jure proprio*.
 - 11) Die von dem gemeinen Rechte auf die Kinder der Hochverräther ausgedehnte Strafe kann auf keine Art gerechtfertiget werden.
 - 12) Für die Begnadigung streiten die triftigsten Gründe.
 - 13) Man kann nicht mit jenen übereinstimmen, die in der Meinung, von billigeren Grundsätzen auszugehen, aus den Arten der Criminalstrafen die Todesstrafe verdrängen.
 - 14) Der Inquisitionsproceß ist im Criminalverfahren dem Accusationsprocesse lange vorzuziehen.
 - 15) Die *actio recantatoria* kann mit der *actio aestimatoria* der Theorie gemäß nicht cumulativ cumulirt werden.
 - 16) Die Positional - Artikel sind allerdings sehr vortheilhaft.
-

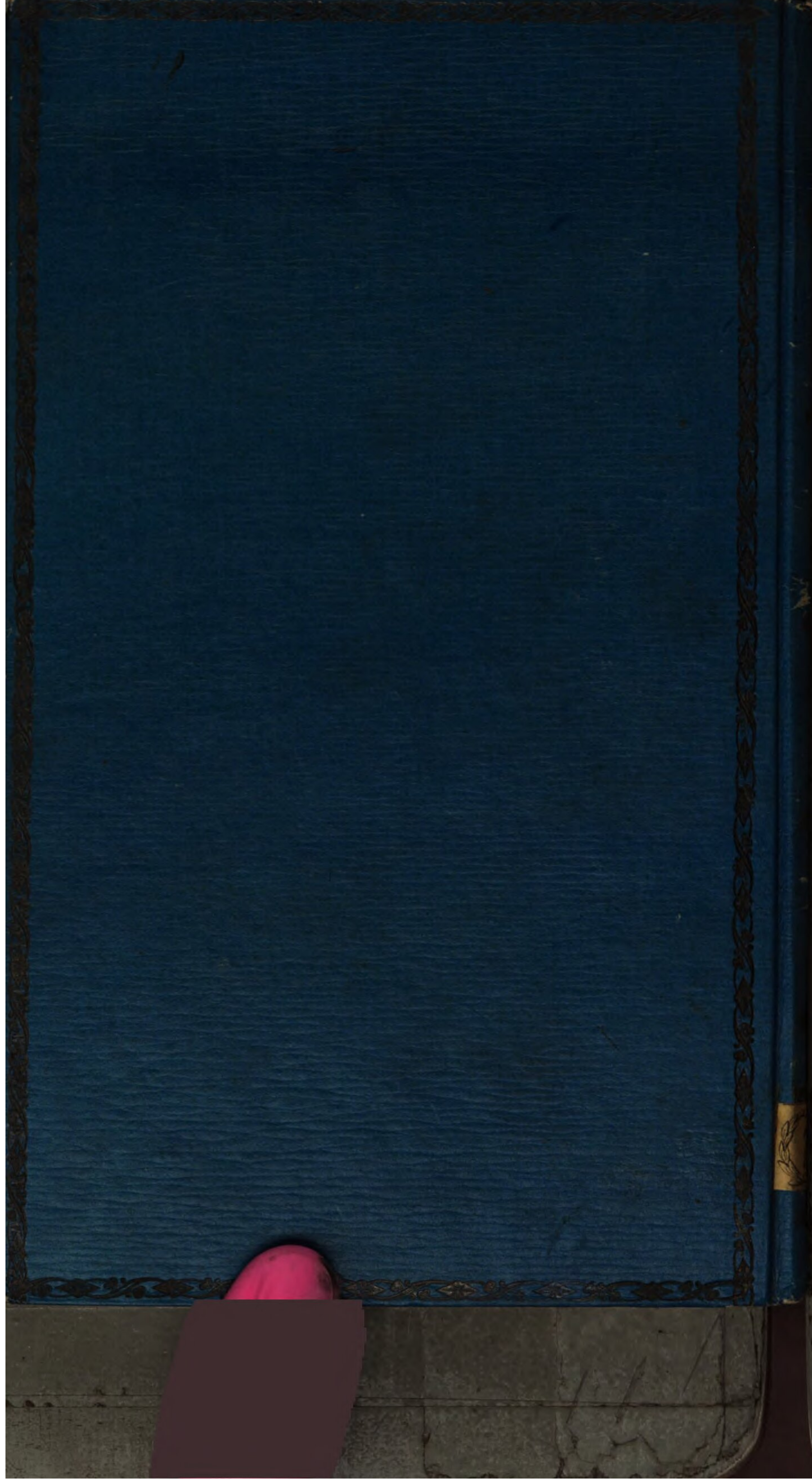
Druckfehler.

S. 5 lese man st. Gesetzessammlung, Gesetzesammlung.

S. 6 — — — *de douze tables, des douze tables..*

Bayerische
Staatsbibliothek
München





Roßhirt, Conrad Franz,

Über die Tendenz des prätorischen Rechts und über das Verhältniß desselben
zum Civilrechte

Erlangen 1812

Bibl.Mont. 4440

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10725012-4